



THE UNIVERSITY *of* EDINBURGH

Edinburgh Research Explorer

Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica

Citation for published version:

Michelon, C 2009 'Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica: Principles and Coherence in Legal Reasoning' University of Edinburgh, School of Law, Working Papers, SSRN.
<https://doi.org/10.2139/ssrn.1371140>

Digital Object Identifier (DOI):

[10.2139/ssrn.1371140](https://doi.org/10.2139/ssrn.1371140)

Link:

[Link to publication record in Edinburgh Research Explorer](#)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publisher Rights Statement:

© Michelon, C. (2009). Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica: Principles and Coherence in Legal Reasoning. SSRN: University of Edinburgh, School of Law, Working Papers. doi: 10.2139/ssrn.1371140

General rights

Copyright for the publications made accessible via the Edinburgh Research Explorer is retained by the author(s) and / or other copyright owners and it is a condition of accessing these publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy

The University of Edinburgh has made every reasonable effort to ensure that Edinburgh Research Explorer content complies with UK legislation. If you believe that the public display of this file breaches copyright please contact openaccess@ed.ac.uk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.





University of Edinburgh
School of Law

Working Paper Series

2009/8

Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica

Cláudio Michelin

PRINCÍPIOS E COERÊNCIA NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

CLAUDIO MICHELON

Lecturer in Law
School of Law
University of Edinburgh

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s). If cited or quoted, reference should be made to the name of the author(s), the title, the number, and the working paper series.

Abstract: The central thesis of the paper is that all forms of legal reasoning from principles that can be understood as arguments grounded on coherence have a different (perhaps easier) underpinning political justification than those forms of utilization of principles that cannot be seen as springing from coherence (such as the notion of proportionality in the strict sense).

Keywords: practical reason, principles, coherence

Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica

A expressão “princípio jurídico” tem sido uma presença freqüente em decisões judiciais e na doutrina brasileiras. A expressão foi popularizada entre os profissionais e teóricos do direito no Brasil a partir de uma leitura direta ou, freqüentemente, indireta de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ironicamente, um conceito que foi originalmente elaborado como uma forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial¹ é mais comumente associado no Brasil a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação à lei e ao direito posto. De fato, os princípios são muitas vezes utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar dificuldades postas por regras complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor.

Na maior parte da América Latina os princípios dworkinianos foram recebidos não tanto como uma reação à crítica *realista* ao formalismo na argumentação jurídica, mas como uma forma de reação ao próprio *formalismo* interpretativo tardio que, segundo alguns, caracterizava a região. No caso particular do Brasil, a inserção dos princípios na argumentação jurídica faz parte da segunda geração de ataques ao formalismo jurídico, que se segue à primeira geração composta pelo amplo espectro de teorias relacionadas direta ou indiretamente ao chamado “direito alternativo”.

¹ A intenção declarada de Dworkin é argumentar que não há discricionariedade judicial em sentido forte (strong discretion), ou seja, mesmo nas situações em que o direito não é claramente estabelecido em regras, há padrões argumentativos *jurídicos* que podem orientar a decisão. O juiz, segundo Dworkin, não pode utilizar qualquer critério para decidir o caso concreto, mas apenas critérios especificamente jurídicos (Dworkin, R *Taking Rights Seriously* London: Duckworth, 1977, p. 31-35).

Essa segunda onda de ataque ao formalismo atingiu o seu alvo e o paradigma formalista de argumentação não é mais a regra no Brasil (se é que um dia foi). Todavia, o ataque ao formalismo atingiu muito mais do que o seu alvo declarado. O que se coloca em questão a partir do modo como os princípios jurídicos vêm sendo utilizados tanto na doutrina como na prática do direito brasileiro é a própria noção de que o direito é algo criado dinamicamente pela comunidade política e não algo derivado de um conjunto abstrato e vago de bens ou valores por especialistas que têm um *insight* privilegiado sobre como esses bens e valores fundamentais devem conformar nossas instituições e decisões políticas. Ou seja, o que está em jogo é a legitimidade democrática desse arranjo institucional.

Uma revalorização da criação do direito pela comunidade política não será alcançada por um retorno ao formalismo interpretativo, mas sim pela revalorização da *forma* do direito². Essa revalorização passa por dois caminhos. Em primeiro lugar é necessário resgatar a autoridade da legislação e, conseqüentemente, o seu *status* como fonte primária de interpretação dos valores políticos fundamentais de nossa comunidade. Esse caminho passa por uma teorização mais compreensiva do papel e da autoridade do legislador (e do judiciário) na comunidade política³ e por uma limitada reforma institucional que se deve fazer a partir dessa reflexão sobre a

² Atria, F. *La Forma del Derecho* Santiago do Chile, 2008 (manuscrito com o autor do presente texto).

³ Tema sobre o qual escrevi em outra sede, cf. Michelin, C Politics, Practical Reason and the Authority of Legislation *Legisprudence* 2007, Vol. 1(3), pp. 263-289. Sobre as limitações estruturais de cortes para lidar com problemas políticos fundamentais, ver Michelin, C Introducción: derechos sociales y la dignidad de la igualdad *Discussiones* v. 4 (2005), p. 7-13, e o artigo de Fernando Atria no mesmo volume (¿Existen Derechos Sociales? *Discussiones* v. 4 (2005), p. 15-59). Fernando Atria propôs também uma justificação e o esboço de uma divisão de trabalho entre legislação e jurisdição (em seu manuscrito *La Forma del Derecho*, n.2) que me parece fundamentalmente correta. No Brasil, Humberto Ávila também procurou explicar os rigorosos requisitos que devem ser preenchidos para que a legislação não seja obedecida em casos particulares (ver Ávila, H *Theoria dos Princípios* 8ª. Ed. São Paulo: Malheiros, p 112 e ss)

autoridade do legislador e do judiciário.⁴ Em segundo lugar, é necessário identificar quais são as formas aceitáveis de utilizar princípios na argumentação jurídica. O ideal Dworkiniano de um “government by adjudication”⁵, implica na aceitação de uma certa postura política sobre a correta divisão de tarefas e poderes entre órgãos estatais que está longe de ser pacífica. Mas haveria uma alternativa ao “government by adjudication”? A resposta a essa questão depende da resposta a uma questão prévia: como é possível (se é que é possível) controlar racionalmente a utilização de princípios em argumentos jurídicos? Se não há padrões de racionalidade especificamente jurídicos que nos permitam avaliar a correção jurídica de uma determinada decisão judicial, a única possibilidade de um controle racional da decisão seria a utilização direta de argumentos morais ou políticos (a outra alternativa, obviamente, seria aceitar que não há qualquer padrão de racionalidade para criticar essas decisões). Daí a importância de investigar como (e se) a argumentação por princípios jurídicos pode ser avaliada de um modo propriamente jurídico.

Meu objetivo no presente artigo é modesto. Eu pretendo, em primeiro lugar, mapear as relações entre argumentos jurídicos fundados em princípios jurídicos e argumentos jurídicos fundados na coerência. Em segundo lugar, eu pretendo utilizar esse mapa como um instrumento para avaliar a legitimidade de certas formas de utilização dos princípios na argumentação jurídica, notadamente a “ponderação” de princípios por meio da proporcionalidade em sentido estrito. É importante notar que a legitimidade da utilização de argumentos de princípio pode variar em razão do contexto no qual argumentos jurídicos são utilizados. Em particular, me parece que a forma e os

⁴ Essa reforma institucional constante é uma preocupação permanente das democracias e, em alguns casos, como no problema da regulação das contribuições para campanhas políticas, os problemas não são apenas de uma nação ou de uma região.

⁵ Dworkin, R The Judge’s new role: should personal convictions count? *Journal of International Criminal Justice* 2003 Vol. 1(1), pp. 4-12, mas especialmente nas p. 9-11. Dworkin não pensa que haja qualquer problema em aceitar um tal governo, porque ele crê que os princípios a ser aplicados pelos juízes estariam estritamente ligados ao liberalismo político que, segundo Dworkin, estaria consagrado na constituição dos Estados Unidos da América. Os princípios liberais seriam a fonte do poder, mas também a restrição do arbítrio desses juízes.

limites da aceitabilidade de argumentos fundados em princípios variam conforme o contexto em que o argumento é utilizado seja a argumentação sobre direitos constitucionais fundamentais no controle de constitucionalidade ou a argumentação sobre a aplicação das normas de direito privado (e outros ramos “tradicionais” do direito). No presente artigo eu não pretendo tratar dessa variabilidade, mas apenas apresentar um argumento geral sobre uma condição suficiente para aceitar um argumento fundado em princípio, a saber, sua relação com o ideal de coerência do ordenamento jurídico.

Antes de prosseguir na persecução desses objetivos, é importante fazer um esclarecimento preliminar: nenhuma teoria das formas aceitáveis de se utilizar princípios na argumentação será capaz de produzir um conjunto de procedimentos argumentativos que garanta a correção de uma decisão judicial. A concepção metodológica da decisão judicial, segundo a qual a correção de uma decisão judicial é uma consequência necessária de se seguir corretamente um roteiro argumentativo ideal, é falsa. O preenchimento do espaço conceitual entre regras universais e casos particulares não pode ser efetivado por qualquer conjunto pré-determinado de “regras decisórias” e, por isso, há uma necessidade premente de uma teoria normativa das características subjetivas do julgador⁶ que o habilitam a preencher corretamente esse espaço. Isso não significa que um conjunto de “regras decisórias” não seja algo útil e, até mesmo, necessário. A falácia é tomar algo que é necessário por algo que é necessário e suficiente.

⁶ Sobre essa necessidade, ver Michelon, C Practical Reason and Character Traits: Remarks on MacCormick's Sentimentalist Theory of Moral Perception in Zenon Bańkowski, James MacLean (eds) The Universal and the Particular in Legal Reasoning (Ashgate, 2006) pp. 115-127. Trata-se aqui de uma teoria do que os clássicos chamaram de *Prudentia* ou *Fronesis*, cujas principais características foram identificadas por Barzotto (Barzotto, L Prudência e Jurisprudência Uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudência romana a partir de Aristóteles. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, v. 1, p. 163-192, 1999.

Mas como poderia a idéia de coerência iluminar essa utilização de princípios na argumentação que fundamenta a decisão judicial? Duas respostas preliminares a essa questão podem ser oferecidas desde já. Em primeiro lugar, é necessário compreender quais os critérios de pertinência de um princípio ao ordenamento jurídico. Teriam os princípios uma marca característica que permitisse identificá-los como princípios *jurídicos* (como o fato de que eles emanam de uma determinada instituição política)? Seriam “jurídicos” os princípios que derivassem de uma certa concepção moral (digamos o liberalismo político de Dworkin)? Teriam, em outras palavras, um *pedigree*? Essa pode ser uma questão importante para uma teoria da norma jurídica, mas é uma questão ainda mais fundamental para uma teoria da legitimidade política e moral da utilização argumentativa de princípios jurídicos. Eu creio que o papel da coerência na argumentação jurídica é fundamentalmente o de identificar princípios jurídicos (e separá-los de princípios meramente morais ou políticos que um determinado julgador ou doutrinador possa considerar obrigatórios). De fato, uma boa parte da argumentação fundada em princípios pode ser considerada simplesmente como uma instância da busca de um ideal de coerência do sistema jurídico. Em segundo lugar, a coerência oferece uma forma de lidar com a (aparente) pluralidade de princípios inconciliáveis. Todavia há certos aspectos da argumentação fundada em princípios (conforme ocorre na prática dos tribunais) que não podem ser reduzidos à idéia de coerência e, nesses casos, seria necessário buscar um outro ideal racional do sistema jurídico para arbitrar entre princípios que se encontrem em oposição (*prima facie*).⁷ A única alternativa à busca de um outro (ou outros) ideais racionais seria aceitar que nesses casos a *mera* subjetividade do juiz deve orientar o processo argumentativo (o que seria uma conclusão politicamente injustificável nas condições

⁷ Essa tese coincide parcialmente com a tese de MacCormick, que parece crer em uma identificação total dos princípios jurídicos à coerência jurídica (MacCormick, *N Rhetoric and the Rule of Law* Oxford, Oxford University Press, 2005, capítulo 10, p. 189-213), ao mesmo tempo que me afasta da tese de Stefano Bertea sobre o fato de que argumentos de coerência se aplicariam igualmente a precedentes judiciais, dispositivos legais, princípios jurídicos e objetivos (goals) do sistema jurídico (Bertea, *S The arguments from coherence: analysis and evaluation* *Oxford Journal of Legal Studies* vol 25 (2005) pp. 369-391 (especificamente nas páginas 383-384).

normais de sociedades ocidentais modernas).⁸ Como pretendo demonstrar na segunda seção do presente artigo, é justamente aqui que se encontram as dificuldades com a utilização da chamada proporcionalidade em sentido estrito, pois ela não se beneficia do fundamento de legitimidade que é garantido aos argumentos de coerência.

Na primeira seção do presente artigo, eu pretendo simplesmente esclarecer o que significa coerência e quais são as formas mais diretas de relação entre a noção de coerência e os princípios jurídicos. A seção seguinte é dominada por um duplo objetivo, quais sejam, (a) a identificação de um conjunto de relações indiretas entre princípios jurídicos e coerência e (b) a demonstração de que há alguns cânones de argumentação utilizados para “ponderar” princípios que não têm relação relevante com a noção de coerência. A última seção discute a questão fundamental do valor da coerência no direito.

I – Argumentos de Coerência e Princípios Jurídicos

Deixemos de lado por um momento a questão da existência de diferentes tipos de normas jurídicas. Pensemos em cânones argumentativos ou, mais precisamente, em um dos cânones argumentativos: o argumento fundado na coerência. Não é pacífico que argumentos fundados na coerência sejam juridicamente relevantes e, de fato, Raz parece pensar que fundar uma decisão judicial simplesmente em um argumento de coerência é um erro não apenas jurídico, mas

⁸ Há dois sentidos nos quais se pode falar no papel da subjetividade no processo de tomada de decisão. Em primeiro lugar, qualquer processo decisório humano é subjetivo na medida em que a melhor maneira de aplicar um certo critério normativo universal a um caso particular é decidida por um determinado sujeito que está convencido por determinadas razões. Isso é verdadeiro, porém absolutamente trivial. Em um sentido mais forte (que eu refiro no texto pela expressão “mera subjetividade”), o sujeito não decide apenas qual a melhor aplicação de certos critérios, mas decide livremente quais critérios utilizar para decidir o problema concreto. Na acepção fraca da subjetividade a decisão judicial é obviamente (e trivialmente) subjetiva. Na acepção mais forte, a justificação da decisão judicial seria uma teoria política aristocrática, contra a qual eu não acho necessário discutir nesta sede.

também um erro moral⁹. Essas objeções serão enfrentadas na terceira seção abaixo, mas assumamos, por hora, que a coerência possui algum valor como cânone argumentativo jurídico.

É importante não confundir coerência com não-contradição. A não-contradição é uma condição do sentido de qualquer argumento, ou seja, qualquer argumento que contenha ou implique proposições contraditórias é, necessariamente, inválido,¹⁰ uma vez que “afirmações opostas não podem ser ambas verdadeiras ao mesmo tempo”.¹¹ A coerência é mais exigente do que a mera não-contradição. Duas afirmações são coerentes se, e somente se, é possível demonstrar que ambas as afirmações podem ser justificadas por um mesmo valor ou conjunto de valores. MacCormick expressa essa relação relativamente flexível de justificação do seguinte modo:

Portanto, a coerência de normas (consideradas como um conjunto de algum tipo), depende de que elas ‘façam sentido’ em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. Pode-se, também, expressar isso como uma questão de satisfação de alguns princípios mais ou menos claramente articulados.¹²

⁹ Raz, J The Relevance of Coherence in J. Raz *Ethics in the Public Domain* Oxford: Clarendon Paperbacks, 1994, pp 277-325

¹⁰ Aqui fica claro o meu desacordo com aqueles que consideram ser a não-contradição (i.e. a consistência) como uma questão de grau (e.g. Wintgens, L *Droit, Principes et Théories: Pour un Positivisme Critique* Bruxelles: Bruylant, 2000, p 102). Visto que meu interesse no presente artigo não é tratar da noção de não-contradição (ou consistência), é desnecessário aqui aprofundar o ponto.

¹¹ Aristóteles *Metafísica* IV, 6 (1011b13-16)

¹² Retirado na tradução para o português MacCormick, N *Retórica e o Estado de Direito* Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p 252 (no original p 193).

Não se trata aqui de derivação lógica mas de uma relação argumentativa entre valores (princípios) e outras normas (incluindo outros princípios) de tal forma que os primeiros sejam capazes de justificar as últimas.¹³

Note-se que é possível conceber que duas afirmações não estejam diretamente em conflito, mas que, ao mesmo tempo, seja impossível justificar essas afirmações a partir de um mesmo grupo de valores ou, se se preferir uma expressão mais familiar, de princípios. No caso da coerência jurídica não se trata de qualquer afirmação específica facilmente identificável, mas baseada em “materiais” jurídicos relevantes. Esses materiais compreendem textos legislativos, precedentes judiciais, textos doutrinários que sejam tidos como de alguma forma relacionados com o caso. Assim os dispositivos dos artigos 884 a 886 do Código Civil seriam relevantes para discutir a forma de quantificação do enriquecimento sem causa (e.g. deve a restituição do enriquecimento sem causa incluir os lucros obtidos com os bens transferidos injustificadamente ao patrimônio do enriquecido, ou devemos apenas restituir o valor do bem?). Outros materiais não são obviamente, mas apenas potencialmente relevantes. A sua relevância dependeria em parte da possibilidade de construir um princípio que cubra tanto eles quanto os materiais mais obviamente relevantes. Seriam os dispositivos sobre o destino dos frutos no Código Civil (tanto na parte geral quanto no capítulo sobre posse) relevantes para a discussão da forma de quantificação do enriquecimento sem causa? Essa questão só pode ser respondida demonstrando que esses dispositivos podem ser justificados pelo mesmo valor ou grupo de valores.

¹³ Essa forma de definir a coerência a partir de uma *relação de justificação*, favorecida por MacCormick (*Rhetoric and the Rule of Law*, *idem*), é preferível à mais rígida relação de derivação preferida por Alexy e Peczenick (Alexy, R e Peczenick, A The concept of coherence and its significance for discursive rationality *Ratio Juris* Vol 3 (1990), n. 1, p 130-147)

Partindo de nossa suposição de que a coerência é uma característica positiva em um ordenamento jurídico, os argumentos fundados na coerência são formas aceitáveis de justificar decisões para dois tipos de casos, quais sejam: (a) casos em que não há nenhuma solução clara nos materiais jurídicos relevantes e (b) casos em que a solução que pode ser claramente inferida de alguma parte do material jurídico relevante não pode ser justificada a partir de uma explicação coerente da totalidade do material jurídico relevante.¹⁴ Em ambos os casos trata-se daquilo que a tradição chama de “lacunas”.¹⁵

Tome-se por exemplo, o Recurso Especial 13088-CE¹⁶, julgado pela 1ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça. A decisão contrastou o princípio de que deve ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo (que foi extraído pela interpretação do artigo 37, XXI da Constituição Federal) com o “princípio do amparo aos deficientes”.

Na identificação desses princípios, o Tribunal partiu de uma série de “materiais” e procurou identificar o valor ou conjunto de valores que justificariam os materiais. O que a decisão chamou de “princípio do amparo aos deficientes”, por exemplo, não é mais do que uma tentativa de explicar de modo coerente (i.e. a partir de um fundamento valorativo único) um conjunto de dispositivos constitucionais (i.e. os artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV e V; 208; 227,

¹⁴ Dworkin, R *Law's Empire* London, Fontana Press 1986, capítulo 2, em especial p. 48-48. Sobre o segundo aspecto, ou seja, a possibilidade dos argumentos fundados em coerência (i.e. argumentos de princípio) serem fortes o suficiente para abrir exceções a soluções apontadas claramente por argumentos lingüísticos (ou de outro tipo) há controvérsia. No muito útil artigo que sumariza a pesquisa comparada sobre interpretação da lei feita pelo grupo liderado por MacCormick e Summers, chegou-se a conclusão de que na maior parte do sistemas jurídicos pesquisados, argumentos de coerência seriam considerados secundários em relação aos argumentos lingüísticos. Ver MacCormick, N, Summers, R Interpretation and Justification in MacCormick, N Summers, R *Interpreting Statutes* Dartmouth: Aldershot, 1991, p 530-531.

¹⁵ Para uma análise comparative das lacunas em diversos sistemas jurídicos, ver MacCormick, N Summers, R *Interpreting Statutes*, em particular p 37-40, 131-2, 142-4, 160-1, 174-9, 75-82, 218-25, 268-77, 313-21, 362-74, 411-422.

¹⁶ julgado pela 1ª. Turma do STJ em 28 de maio de 2002 e Rel pelo Min. José Delgado.

§1º, II; 227, §2º e 244). O valor subjacente a todos esses dispositivos, na interpretação da primeira Turma do STJ é justamente o “amparo aos deficientes”.

Como é fácil constatar, os julgadores procuraram entender o ordenamento jurídico (ou certos aspectos do ordenamento jurídico) como um todo coerente. Essa tentativa poderia ser, é claro, ainda mais sofisticada, incluindo textos constitucionais que não contêm textualmente nem a frase “serviços compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública” nem a expressão “deficiente físico”. Poder-se-ia indicar, exemplificativamente, que o princípio da igualdade também suporta o “princípio do amparo aos deficientes” (como faz o próprio acórdão).

Mas essa relação entre os princípios jurídicos e a coerência não oferece uma visão completa dos argumentos jurídicos que utilizam princípios. Em particular a correta compreensão dessa relação não esclarece qual o papel da coerência no processo de determinação de como os diferentes princípios que cobrem (ao menos *prima facie*) um determinado caso concreto devem ser “aplicados” ao caso. Em outras palavras, a questão que permanece aberta é: o que fazer quando duas explicações coerentes dos materiais jurídicos relevantes, cada qual separadamente capaz de resolver a situação concreta, apontam para soluções incompatíveis? Podem-se imaginar três alternativas.

Em primeiro lugar é possível que nesses casos o argumento de coerência ainda não tenha sido levado a termo, ou seja, a investigação sobre qual princípio deveria orientar a tomada de decisão no caso concreto ainda não está encerrada. Em consequência, seria necessário buscar um outro princípio que teria mais capacidade explicativa dos materiais relevantes do que os princípios putativos identificados. Isso poderia ocorrer de duas maneiras, cada qual demandando uma

solução própria. É possível que os materiais justificados pelos princípios sejam total ou parcialmente diferentes, em cujo caso a busca pelo princípio correto pode tomar a forma de uma busca por uma justificação para a maior parte dos materiais identificados por cada princípio, ou mesmo a explicação de novos materiais agregados aos materiais originais, de forma a reforçar o poder explicativo do princípio. Por outro lado, é possível que cada princípio ofereça uma explicação coerente para um conjunto idêntico de materiais jurídicos. Nesse caso, há duas alternativas, (i) alargar o escopo do material a ser explicado de forma a testar qual princípio tem um maior âmbito explicativo e (ii) produzir um argumento que não seja estritamente fundado na coerência, mas sim em algum outro ideal do sistema jurídico ou mesmo em uma certa concepção de bem ou de justiça que não seja estritamente jurídica. A alternativa (ii) é particularmente problemática e algumas das dificuldades que ela traz serão discutidas na próxima seção.

Em segundo lugar, em casos de conflitos entre princípios (ou seja, entre explicações coerentes de materiais jurídicos) poder-se-ia propor que esses princípios sejam hierarquizados em abstrato. É difícil justificar essa proposta, em especial se os materiais justificados por cada princípio são parcialmente diferentes. A estratégia de hierarquização abstrata é mais plausível se for fundada na relativa autoridade dos materiais justificados por cada princípio. É possível, por exemplo, que princípios que explicam dispositivos constitucionais sejam intrinsecamente mais valiosos do que os princípios que justificam dispositivos da lei ordinária. O que se faria aqui seria uma divisão do argumento jurídico em duas “ordens” argumentativas (de modo similar ao que propôs Raz para a razão prática em geral) de modo a considerar que há uma prioridade sistemática (ou indéxica) entre princípios extraídos dos materiais de diferentes hierarquias normativas: os princípios extraídos por meio de argumentos de coerência de dispositivos constitucionais teriam prioridade

sistemática sobre os princípios extraídos por meio de argumentos de coerência de outras fontes infraconstitucionais.

Essa forma de hierarquização dos princípios jurídicos pela hierarquia dos materiais jurídicos sobre os quais opera a idéia de coerência pode ser alvo de uma objeção análoga àquela que se levantou em relação à tese de Raz sobre a razão prática em geral¹⁷. Uma vez que qualquer dispositivo de lei ordinária também tem sua autoridade fundada nos dispositivos constitucionais que regulam a autoridade da lei ordinária, qualquer princípio que possa ser extraído claramente da lei ordinária é justificado por princípios claramente extraídos de texto constitucional (e.g. separação de poderes ou a legalidade). Todavia essa é uma tese que merece um tratamento mais compreensivo do que aquele que é possível oferecer no presente artigo (cujo foco é a relação entre coerência e princípios).

A terceira possibilidade para lidar com o conflito de princípios seria efetuar aquilo a que a doutrina se refere (metaforicamente) pelas expressões “sopesamento” ou “ponderação” de princípios. A próxima seção do presente artigo é dedicada a uma análise da plausibilidade e dos limites da legitimidade dessa terceira alternativa.

¹⁷ Tanto uma explicação do argumento de Raz quanto uma objeção a ele podem ser encontrados em Michelon, C The Justification of Authority and the Insulation of Formal Reasons (2002) *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* v. 88 (1), p 51-73

II – Aplicando princípios para além da coerência

A utilidade da metáfora do “sopesamento” ou “ponderação” de princípios (e em geral de razões para agir) foi duramente atacada nos últimos anos. De fato, a noção de “ponderação” parece mais ser uma descrição do processo mental de decisão, de hesitação frente a duas boas razões que parecem ambas resolver o problema posto pelo caso concreto, do que propriamente uma parte do argumento que pode justificar a decisão. Se a idéia de sopesamento transborda da simples metáfora que ajuda a descrever um processo mental e passa a ser utilizada como se se referisse a um modo de raciocínio, um problema básico não tarda a aparecer. A linha comum da crítica a esse uso da idéia de ponderação é a acusação de que não há standards de racionalidade que orientem o “sopesamento” que, nas palavras de Habermas, acaba sendo arbitrário ou não-reflexivo¹⁸. Qualquer forma de comparação necessita de uma escala unificada que lhe sirva de medida. Quando medimos o peso (em sentido físico) de algo, o fazemos por referência a um sistema de medidas (o sistema métrico, o sistema imperial, etc.) que está lastreado em elementos comuns que nos servem de termo de comparação (no caso do peso físico as noções de massa e de atração gravitacional).

Mas qual a medida comum a partir da qual os princípios jurídicos poderiam ser medidos? Talvez uma concepção de dignidade humana ou uma concepção de justiça. Mas qual concepção? O apelo a fórmulas como “a concepção consagrada na constituição” é inútil, uma vez que qual seja a concepção consagrada na constituição é, em si mesmo, um tema altamente controvertido (qual dignidade deve ser atribuída à vida dos embriões humanos? O que seria mais justo, uma ênfase maior na liberdade de fazer o que se quer com a sua propriedade, ou a imposição de deveres

¹⁸ Habermas, J *Between Facts and Norms* (trad. W. Rehg) Cambridge: Polity Press, 1996, p. 259

sociais aos proprietários de certos tipos de bens?). O problema aqui não é tanto se algum tipo de argumento racional seria possível sobre esses temas, mas sim que tipo de peculiaridade teria a argumentação especificamente jurídica para justificar a sua adoção como a melhor maneira de definir essas importantes questões. Em outras palavras, qual característica da argumentação jurídica a tornaria mais eficaz em identificar essa forma de vida humana mais digna ou a distribuição de bens mais justa.

Eu não creio que qualquer aspecto da argumentação jurídica que transcenda a forma de argumentação fundada na coerência seja particularmente eficaz ao tratar desses problemas políticos fundamentais. De fato, creio que o argumento de coerência é onde a possibilidade de argumentação propriamente jurídica se esgota. Os argumentos seguintes não são exaustivos, ou seja, eles não pretendem dar conta de todos os candidatos a “critério para sopesamento” que foram propostos na doutrina e jurisprudência brasileira e comparada. O objetivo de apresentar esses argumentos é duplo: (a) demonstrar como muitos desses critérios aparentemente díspares podem ser explicados como formas de instanciação específica do ideal de coerência e (b) demonstrar que a utilização desses critérios de um modo que não possa ser reconduzido claramente ao ideal de coerência necessitaria de uma justificativa moral e política diferente da justificativa que se pode dar para o ideal de coerência. O segundo objetivo pavimenta o caminho para um argumento mais incisivo e complexo que procura provar que o “sopesamento” de princípios por meio desses outros critérios é moral e politicamente ilegítimo, mas esse segundo passo demandaria mais espaço do que posso dispor aqui. Por meio da combinação de (a) com uma defesa da legitimidade política da coerência, eu pretendo demonstrar que uma grande parte dos cânones de argumentação “por princípios” é politicamente legítima, e pretendo deixar claro

também que essa fonte de legitimidade não beneficia outras formas de argumentação por princípios (v.g. a ponderação ou sopesamento que decorre da proporcionalidade em sentido estrito).

O melhor ponto de partida para analisar os candidatos a “critérios de sopesamento” é eliminar desde logo a idéia de que esse “sopesamento” se dê em abstrato. Essa idéia de sopesamento *em abstrato* de princípios é um dos pontos fundamentais da distinção entre a atividade legislativa e a atividade jurisdicional. Tanto o legislador quanto o julgador tomam em conta os princípios e valores fundamentais da comunidade política (freqüentemente consubstanciados em uma constituição escrita) como valores que justificam (ao menos parcialmente) as suas decisões. Todavia a prestação jurisdicional difere da legislação em que esta está primariamente preocupada em regular casos futuros de modo universal, enquanto aquela decide primariamente sobre um evento passado (v.g. se uma ação humana violou alguma norma jurídica ou se a promulgação de uma lei violou uma norma jurídica constitucional), ainda que os efeitos sejam sentidos universalmente no futuro, como no caso do controle de constitucionalidade concentrado¹⁹. Como veremos a seguir, é nessa vinculação com a particularidade do caso, e da resposta que a comunidade política, por meio de seus canais institucionais, dá ao caso concreto que se encontra a explicação de como a coerência do ordenamento jurídico é, em última análise, o valor fundante dos “critérios de ponderação” de princípios.

Como vimos acima, é possível que o apelo a critérios de ponderação seja apenas uma referência à necessidade de perseguir de modo mais vigoroso o argumento de coerência. É possível que ao nos

¹⁹ Regulados, no Brasil, pelo controverso art. 27 da Lei 9.878 de 1999. Sobre o tema ver Avila, A *A Modulação dos Efeitos Temporais pelo SFT no Controle de Constitucionalidade* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

depararmos com o que parecem ser dois princípios opostos estejamos simplesmente desistindo cedo demais de encontrar um princípio único (i.e. um bem ou valor, ou conjunto de bens ou valores) que justifique a totalidade dos materiais a serem explicados. Mas também é possível que o apelo à ponderação se dirija à necessidade de algo que não está tão direta e obviamente conectado à noção de coerência.

Essa outra concepção de “ponderação” parte da idéia de que esse modo de argumentar inclui não apenas os bens e valores jurídicos fundamentais (que podem ou não estar hierarquizados), mas também o quanto uma medida concreta compromete de cada um deles. Autores como Alexy introduziram a idéia de que não é possível suficiente comparar os valores em abstrato, mas que essa comparação deve tomar em conta também o grau de comprometimento (e de realização) de cada um desses valores fundamentais que resultaria da adoção (ou não) de medidas concretas requeridas pelas partes para resolver o seu litígio concreto.²⁰ Mas quais seriam os padrões a partir dos quais essa avaliação poderia ser efetuada?

O melhor ponto de partida parece ser, sem dúvida, o mais famoso dos critérios de ponderação, a saber, o chamado “princípio” da proporcionalidade. Humberto Ávila tem razão quando identifica a proporcionalidade (juntamente com outros critérios como a proibição de excesso, etc.) como algo qualitativamente diferente seja de princípios seja de regras jurídicas.²¹ E de fato, a idéia de proporcionalidade é não tanto um critério substantivo jurídico, como um critério de racionalidade que julga a congruência entre os materiais jurídicos e a solução do caso concreto. No caso de duas das formas de argumentar por meio da proporcionalidade, nomeadamente a proporcionalidade-

²⁰ Alexy, R *Theorie der Grundrechte* Baden-Baden: Nomos, 1985, p 81-82.

²¹ Ávila, H *Theoria dos Princípios*, p 160

adequação e a proporcionalidade-necessidade, esse critério de racionalidade não é outro senão a coerência. Vejamos:

Se uma determinada ação implica no comprometimento de um determinado direito fundamental, mas não é adequada para realizar outro direito fundamental, essa ação não pode ser justificada (aquilo que se convencionou chamar de máxima da “adequação”).²² Em outras palavras: (i) tomado um conjunto de valores que justifica um determinado número de materiais jurídicos (i.e. um princípio), (ii) tomado outro conjunto de valores que justifica outro conjunto de materiais jurídicos (i.e. outro princípio) e (iii) tomada a decisão proposta que não implementa o primeiro princípio e viola o segundo princípio, deve-se concluir que não há qualquer conjunto de valores que justifique a decisão (i.e. a decisão é incoerente com o sistema jurídico). Portanto não é difícil perceber que a utilização da proporcionalidade como adequação na argumentação jurídica pode ser justificada pelo valor da coerência.

Em relação à máxima da necessidade, suponha que haja dois meios de implementação de um determinado princípio e que um desses meios viole outro princípio, enquanto o segundo meio não viole esse segundo princípio. A proporcionalidade-necessidade é, claramente, também uma forma de argumentação por coerência.²³ O meio escolhido é justificado porque ele pode ser justificado por um mesmo conjunto de valores.

²² Alexy, R *Theorie der Grundrechte* p 103

²³ Alexy, R *Theorie der Grundrechte*, p 101-103

O leitor atento deve ter notado que a formulação acima da proporcionalidade-necessidade foi depurada de um aspecto que, segundo alguns teóricos do direito (notadamente Alexy), é uma de suas partes integrantes, a saber: a referência a diferentes graus de violação. O modo como muitos (inclusive Alexy) caracterizam a proporcionalidade-necessidade é tal que não apenas a violação ou não de um princípio por cada um dos dois meios alternativos está em jogo, mas também, no caso de ambos violarem um segundo princípio, o grau em que um ou outro o violam. Essa exclusão foi intencional, pois creio que esse julgamento de grau de violação tem mais em comum com a proporcionalidade em sentido estrito do que com a proporcionalidade-adequação e os casos claros de proporcionalidade-necessidade. O que eles têm em comum é o fato de que esses julgamentos não são orientados por argumentos de coerência. Do ponto de vista de uma teoria política da argumentação jurídica essa é a semelhança central entre eles.

Essa semelhança não se estende à proporcionalidade em sentido estrito. Essa assimetria é claramente reconhecida pelos autores que defendem a utilização judicial do critério de proporcionalidade em sentido estrito. Para Alexy apenas a proporcionalidade em sentido estrito parece ser traduzível no que ele chama de *Lei da Ponderação* (segundo a qual “Quanto maior o grau de não-satisfação ou violação [*detriment*] de um direito ou princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro”).²⁴ O modo como Alexy expressa essa assimetria é a afirmação de que tanto a proporcionalidade-necessidade e a proporcionalidade-adequação seriam casos de argumentação sobre a possibilidade fática (*tatsächlichen*) e não, como a proporcionalidade em

²⁴ Essa relação, já clara em seu livro sobre direitos fundamentais, é explícita em Alexy, R On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison *Ratio Juris* Vol. 16 (2003), p. 436 (433-448). A relação direta entre a noção de sopesamento e a proporcionalidade em sentido estrito (mas não com a proporcionalidade necessidade) é também objeto do argumento de J. Rivers que afirma “...it is worth noting that the test of necessity does not require us to balance competing principles” em Rivers J Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing in G. Pavlakos (ed.) *Law, Rights and Discourse* Oxford: Hart, 2007, p. 171(168-188).

sentido estrito, jurídica (*rechtlichen*). Essa diferença demonstra que há um alto grau de consciência nos próprios defensores da proporcionalidade em sentido estrito da peculiaridade da forma argumentativa que ela exige.

Todavia essa distinção não é meramente analítica, mas normativa: a maior objeção que se pode levantar a utilização da proporcionalidade em sentido estrito (mas não em relação aos outros dois tipos de argumento de proporcionalidade) é que afirmar que o julgamento sobre o melhor balanço de bens e valores constitucionais por um tribunal não deve prevalecer sobre o julgamento feito pelo legislativo? De fato, Alexy introduz a “segunda lei da ponderação” como uma forma de justificar que ao Legislador deve ser deixado um certo espaço de manobra, isto é, que o Tribunal não pode diminuir muito a área de possíveis decisões do legislativo²⁵. O perigo identificado pelo próprio Alexy é que a proporcionalidade em sentido estrito, sem a segunda lei da ponderação, poderia levar a uma invasão pelo tribunal do espaço político do legislativo. A formulação geral de Alexy sobre a proporcionalidade em sentido estrito parece conduzir precisamente a essa conclusão:

Os princípios são mandados de otimização em relação ao que fática e juridicamente possível. O princípio (Grundsatz) da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de ponderação, diz respeito à possibilidade jurídica. Se uma norma principiológica que estabelece direitos constitucionais colide com outro princípio, as possibilidades jurídicas de realizar tal norma depende

²⁵ Introduzida originalmente no pos-escrito produzido especialmente para a edição inglesa da *Theorie der Grundrechte*. Ver Alexy, *R A Theory of Constitutional Rights* (trad. J. Rivers) Oxford: OUP, 2002, p. 418.

do princípio com o qual ela colide. Para chegar a uma decisão sobre isso, é necessário um exercício de ponderação nos termos da Lei dos Princípios em Colisão.²⁶

A Lei dos Princípios em Colisão, por sua vez, é apresentado por Alexy nos termos de uma formulação abstrata, a saber:

As circunstâncias nos quais um princípio supera o outro constituem o suporte fático da regra que tem a mesma consequência jurídica do princípio superador.²⁷

Essa formulação oferece a estrutura da premissa maior de um argumento visando a superar o princípio, mas não é muito claro como essas circunstâncias devem ser identificadas. As palavras do Tribunal Constitucional Federal Alemão citadas por Alexy mais esclarecedoras. Segundo o trecho citado por Alexy o raciocínio de superação depende integralmente de que:

...os interesses do acusado no caso concreto são óbvios e significativamente muito mais ‘pesados’ do que as exigências que justificam a ação estatal.²⁸

Como se pode perceber, a diferença entre proporcionalidade em sentido estrito e os demais aspectos da proporcionalidade reside na fonte de sua legitimidade política. O argumento de coerência se beneficia indiretamente de diversos (e bons) argumentos para obedecer as decisões políticas tomadas pela comunidade, já que esse tipo de argumento é uma tentativa de demonstrar

²⁶ Alexy, R *Theorie der Grundrechte* p 101-102

²⁷ Alexy, R *Theorie der Grundrechte* p 84

²⁸ Alexy, R *Theorie der Grundrechte* p 82

com certo grau de objetividade que a decisão a ser tomada é uma realização dessas decisões políticas. A proporcionalidade em sentido estrito não reconduz a essas decisões no momento da “ponderação”. O julgador pode fazer um apelo à “obviedade” de que uma certa violação de direito fundamental é grave, moderada ou leve (para usar a escala proposta pelo próprio Alexy). Mas como Perelman afirmou, o apelo à obviedade não é tanto uma parte do argumento, mas uma tentativa de encerrar qualquer argumento: não se argumenta quanto ao óbvio.

Em suma: a diferença entre as duas primeiras e a última forma de conceber a proporcionalidade reside no fato de que as primeiras podem ser reconduzidas a argumentos de coerência, enquanto a última não pode. O argumento de coerência, “ancora” argumentos jurídicos que utilizam princípios ao sistema jurídico. O julgador que argumenta por coerência não utiliza critérios não-jurídicos de decisão. O julgador, como Dworkin viu claramente em relação a uma parte dos argumentos sobre princípios constitucionais, utiliza critérios subjetivos, ou ao menos uma interpretação subjetiva de um material (v.g. texto legal ou constitucional) do qual se poderia extrair a conclusão oposta.

O que a proporcionalidade em sentido estrito necessita (e também, segundo o argumento acima, todas as demais formas de ponderação ou sopesamento que não são formas de argumentação por coerência) é de uma explicação para a sua legitimidade política, ou seja, da legitimidade política de um órgão para tomar decisões que não podem ser racionalmente (mas apenas retoricamente) reconduzidas a decisões da política da comunidade. Somente com um bom argumento que preencha essa lacuna é que se poderia efetivamente aceitar a sua utilização argumentativa. Antes

desse argumento surgir, talvez seja mais sábio restringir a argumentação jurídica por princípios a argumentos por coerência.

Tudo o que foi dito acima parte da suposição de que tomar uma decisão a partir de um argumento que vincula o caso concreto ao “espírito” de decisões anteriores tomadas pela comunidade, sem que a comunidade jamais tenha decidido especificamente sobre o problema em pauta, é melhor do que deixar simplesmente que o juiz decida de modo puramente moral e político (i.e. não estritamente jurídico) o caso concreto. A próxima (e última) seção desse artigo coloca essa suposição em questão.

III – O valor da coerência

A imensa maioria dos autores cujas obras constituem o atual cânone da teoria do direito e da argumentação jurídica concorda em afirmar o valor da coerência. Neil MacCormick, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Alexander Peczenick, entre muitos outros, estão de acordo quanto a isso. Todavia, há quem discorde. O melhor exemplo de um argumento contrário à tese de que a coerência tem valor na argumentação jurídica foi apresentado por Joseph Raz em um artigo clássico.²⁹ As objeções levantadas por Raz jamais foram propriamente e diretamente discutidas pelos defensores da coerência.

Na presente seção eu pretendo oferecer as linhas gerais de uma resposta às objeções mais relevantes levantadas por Raz. Se o interesse do leitor é principalmente em metodologia da argumentação jurídica, e não em seus fundamentos morais e políticos, não há necessidade de

²⁹ Raz, J The Relevance of Coherence

prosseguir. As considerações propriamente metodológicas desse artigo e as conexões conceituais e práticas entre argumentos foram apresentadas nas seções precedentes. Se, por outro lado, o leitor se interessa em entender os fundamentos de nossas práticas jurídicas argumentativas, a presente seção pode suscitar algum interesse.

Em primeiro lugar, convém identificar mais precisamente qual o alvo do ataque de Raz à coerência, a saber: as teorias do direito que concebem o direito como coerência. Seu alvo é, em suas próprias palavras, a seguinte tese:

O direito de um determinado país consiste no conjunto mais coerente de princípios normativos que, se fossem aceitos como válidos por uma pessoa perfeitamente racional e informada, teriam levado essa pessoa a promulgar todas as leis e a tomar todas as decisões judiciais que foram de fato promulgadas e tomadas naquele país.³⁰

Nota-se que o alvo de Raz não é, ao menos diretamente, a utilização de argumentos fundados na coerência na prática do direito, mas sim a teoria do direito que afirma ser o direito um conjunto de princípios que expliquem corretamente os “materiais jurídicos” (que ele identifica como a legislação e as decisões judiciais precedentes, no espírito da common law e de ordenamentos jurídicos “mistos”). Daí se segue que, ao menos em princípio, mesmo que suas objeções quanto às concepções coerentistas de direito atinjam o seu alvo, haveria a possibilidade de tentar justificar a utilização de argumentos de coerência por meio de outros fundamentos que não sejam conceitualmente ligados a uma teoria coerentista do direito.

³⁰ Raz, J The Relevance of Coherence p. 295

Um desses argumentos é notavelmente simples e, como veremos, perfeitamente compatível com a teoria “intencional” do direito favorecida por Raz. O fato é que a prática interpretativa dos tribunais em praticamente todos os sistemas jurídicos ocidentais aceita argumentos fundados na coerência como válidos (e altamente persuasivos). Essa divisão de trabalho da razão prática em que legisladores criam textos autoritativos e julgadores operam a partir desses textos por meio de argumentos de coerência é uma parte da divisão institucional de poderes em todos esses países e pode ser considerada como uma parte do *direito positivo* de cada um desses países. Esse arranjo é criado pela autoridade política e se beneficia de sua legitimidade. Nesses termos, a coerência não seria um tipo de argumento juridicamente aceitável por razões relacionadas à *natureza do direito*, mas sim por imposição do direito positivo. Esse argumento não é capaz de justificar que a coerência seja uma forma argumentativa necessária em qualquer dado sistema jurídico, pois a existência dessa divisão institucional de trabalho racional entre legislador e julgador é contingente.³¹ Mas isso talvez ajudasse a explicar porque a aceitabilidade de argumentos de coerência tanto na prática como por outros teóricos da argumentação jurídica não sofreu qualquer abalo após a publicação das fortes objeções levantadas por Raz, um dos mais influentes teóricos do direito na atualidade.

Esse argumento, por si só poderia justificar política e moralmente o uso de argumentos de coerência em muitos ordenamentos jurídicos cujo arranjo institucional foi estabelecido por uma autoridade política legítima. Mas é necessário perguntar também se seria possível identificar algum argumento em favor da utilização de argumentos de coerência por julgadores que não dependesse da instituição da aceitabilidade desses argumentos pela autoridade política. Em

³¹ E, de fato, Raz parece aceitar que a solução para o problema concreto da interpretação do direito reside em uma complexa divisão de trabalho racional entre órgãos políticos (Raz, J The Relevance of Coherence p. 300).

relação a esses argumentos em favor da coerência, eu creio que as objeções levantadas por Raz às teorias do direito como coerência podem ser indiretamente relevantes. Um bom ponto de partida para uma investigação sobre essa outra forma de justificar o valor da coerência é compreender as objeções de Raz ao valor da coerência no direito.

Raz inicialmente ataca a tese segundo a qual o fato de aceitar o direito como um guia de conduta implicaria também em aceitar a tese do direito como coerência. Segundo Raz, um dos pressupostos dessa tese é a crença de que a aceitabilidade de um conjunto de normas depende da sua coerência. Ele ataca essa premissa frontalmente. O contra-exemplo que ele apresenta para comprovar o erro da crença de que a aceitabilidade de um conjunto de normas depende da sua coerência é o fato de que um conjunto de normas incoerentes pode ser perfeitamente aceitável se essas normas emanam de uma autoridade legítima.³²

A autoridade política legítima pode emitir normas que se fundamentam em diferentes valores ou concepções de bem que não podem ser reduzidos a um conjunto unificado de valores e bens. Nesses casos, segundo Raz, o respeito à autoridade legítima seria moral e politicamente justificável mesmo que não houvesse qualquer unidade de bens ou valores subjacente às normas editadas. Para agir de modo correto, bastaria seguir as normas editadas pela autoridade legítima, mesmo que essas normas sejam um conjunto de decisões que não tem qualquer unidade de propósito. Em outras palavras: como a coerência não é uma condição necessária para a razão prática em geral (i.e. eu posso viver uma vida de acordo com a razão prática ainda que minhas decisões sejam tomadas a partir de um conjunto de valores ou normas que são positivamente

³² Raz, J The Relevance of Coherence p. 298

incoerentes), dizer que o direito deve ser coerente porque ele é parte da razão prática (i.e. é um guia racional de conduta) não implica que algum valor seja atribuído à coerência das normas jurídicas.

O ataque mais direto de Raz ao valor da coerência como cânone de argumentação jurídica supõe o sucesso dessa objeção. Eu pretendo explicar abaixo porque essa objeção geral não é bem sucedida e porque, em última análise, a razão prática supõe sim coerência. Antes de enfrentar esse tema, é necessário entender que esse não é o único argumento em favor da utilização da coerência por parte de tribunais como cânone argumentativo que deve ser utilizado na argumentação voltada a decidir casos concretos (mesmo que também existam outros critérios de interpretação). Raz identifica 5 argumentos que poderiam justificar a legitimidade (e mesmo a necessidade) da utilização de argumentos de coerência na argumentação judicial, a saber: o argumento fundado na noção de “teoria”, o argumento fundado no uso da analogia pelos tribunais, o argumento que parte da idéia de justiça (fairness), o argumento fundado na noção de autoridade e o argumento fundado na noção de lealdade para com a comunidade. Se válido, cada qual desses argumentos teria o condão de, separadamente, justificar a utilização de argumentos de coerência no direito e, portanto, não é necessário tratar de todos eles para concluir que advogados e tribunais devem utilizar a coerência como critério de argumentação: basta provar que um deles é válido. No que segue o foco será no que Raz chama de argumento fundado na noção de “teoria”, pois é esse argumento que retoma o primeiro alvo de Raz, a saber, a tese de que a coerência é um requisito da razão prática.

Segundo esse argumento, a importância da coerência na argumentação jurídica é uma consequência lógica do fato de que a coerência é uma característica da própria idéia de racionalidade (ou das idéias relacionadas de justificação e correção). De fato, Alexy e Peczenick chegam a afirmar que poder-se-ia explicar o próprio conceito de pensamento racional como uma tentativa de obter um balanço adequado entre uma série de critérios de coerência.³³ O movimento desta concepção geral da conexão entre coerência e racionalidade à argumentação jurídica procede da seguinte forma: se a coerência é um requisito da razão prática em geral e se a argumentação jurídica é um caso especial de razão prática, a coerência é também um requisito da argumentação jurídica.

A essa tese Raz objeta que não há qualquer método geral para de argumentação racional e que, portanto, as regras de racionalidade e inferência que utilizamos não são características constantes e fixas da idéia de racionalidade. A objeção de Raz, todavia, não é convincente. Há sim, critérios de racionalidade que são estáveis e que não variam da forma sugerida por Raz. Princípios como a não contradição ou o terceiro excluído são apenas os exemplos mais óbvios, mas não são, de modo algum, únicos. Mesmo critérios não puramente lógicos de racionalidade podem ser considerados elementos constantes, como por exemplo, a necessidade de que, na razão prática, argumentos sejam construídos a partir de uma *endoxa*³⁴ ou a necessidade de dar conta dos argumentos dos objetores.³⁵

³³ Alexy, R e Peczenick, A The concept of coherence and its significance for discursive rationality p. 144. No mesmo artigo, os autores identificam o que consideram ser os 10 critérios a partir dos quais se pode julgar a coerência de um conjunto de enunciados (ver pp. 132-143).

³⁴ Ver, na *Tópica* Aristotélica 100a25-30, e 100b20-25 (Aristóteles *Posterior Analytics*, *Topica* H Tredennick E. S. Forster (trs) (Harvard University Press, Cambridge 1960/2004) 273-275

³⁵ Sobre os quatro critérios de racionalidade que MacIntyre agrupa sob a rubrica não-circularidade (um dos quais é a necessidade de dar conta dos argumentos dos objetores), ver MacIntyre, A *Whose Justice? Which Rationality?* London, Duckworth, 1988, capítulo 5.

A objeção de Raz, todavia, aponta para a necessidade de justificar porque uma teoria geral da racionalidade deveria incluir especificamente o critério da coerência. Em outras palavras, seria realmente um ideal da razão prática que todas as razões para fazer ou deixar de fazer algo (aí incluídas as normas jurídicas) façam parte de um todo coerente? Há várias razões para considerar que a coerência é valiosa para a razão prática. Em primeiro lugar, é possível que essa coerência da razão prática seja fundada em um requisito elementar de justiça (v.g. tratar casos iguais de modo igual e não de modo arbitrariamente diferente)³⁶. Em segundo lugar, é possível que a idéia de coerência facilite o trabalho do investigador por tornar mais fácil identificar, testar e aprimorar opiniões de gerações sucessivas de juristas.³⁷

Todavia o melhor argumento em favor do valor da coerência na razão prática decorre de uma concepção narrativa da vida humana. Segundo essa concepção há um valor intrínseco em levar a vida de uma maneira que pode ser compreendida como tendo uma unidade narrativa, na qual as diversas ações do sujeito podem ser reconduzidas a uma concepção aceitável de bem. Essa concepção pode ser complexa, isto é, pode ser composta de um conjunto de bens e valores que não são nem uma derivação lógica de um valor superior, nem uma derivação lógica um do outro. As relações internas entre esses bens e valores pode ser vista não como resultado de uma derivação lógica, mas como um conjunto variado de relações com a idéia de realização de um ser humano. Alguns desses bens e valores serão meios para atingir certos aspectos da realização humana, outros serão sua parte integrante.³⁸ Mais ainda: entre os que são parte integrante da realização humana, alguns realizam um aspecto da humanidade, enquanto outros realizarão

³⁶ Esse é um dos 5 argumentos identificados por Raz acima, nomeadamente, o argumento que parte da idéia de justiça (fairness).

³⁷ Alexy, R Peczenick, A The concept of coherence and its significance for discursive rationality p. 144

³⁸ Veja-se a relação entre bem de eficácia e bem de excelência discutida em MacIntyre, A *Whose Justice? Which Rationality?* p. 32 ss.

outros aspectos (v.g. a justiça é condição necessária para a plena realização política do ser humano, enquanto que a discussão sobre o bem ou sobre a verdade é uma condição para a realização do ser humano como ser racional). Todos esses aspectos estão conectados em uma concepção complexa da vida humana. Essa complexidade, todavia, não deve ser tomada como um pluralismo arbitrário. Como afirmou Charles Taylor:

Todavia, na medida em que vemos algum sentido de nossas vidas, ou nas vidas que estamos tentando levar, estaremos relacionando os diferentes bens que buscamos não apenas em relação a sua diferente importância, mas também em relação ao modo como se encaixam (ou não) no desenrolar de nossas vidas.³⁹

A constante busca dessa coerência narrativa em nossas vidas, que Herbert McCabe chamou de “interpretação criativa de nós mesmos”⁴⁰ é o reflexo mais direto da importância dessa coerência narrativa da vida humana.

Se tomamos o direito e a argumentação jurídica como partes de processos de tomada de decisão por parte de agentes deliberativos práticos (i.e. cada um de nós), fica claro o valor da coerência no direito. É claro que, do ponto de vista da estrita possibilidade lógica, Raz tem razão em dizer que é possível que a autoridade política seja legítima (do ponto de vista moral e não meramente sociológico) e que essa autoridade crie normas jurídicas incoerentes. Todavia, se abandonamos o domínio da mera possibilidade lógica e pensamos em argumentos substanciais de justificação da

³⁹ “But insofar as we have some sense of our lives, or what we are trying to lead, we will be relating the different goods we seek not just in regard to their differential importance, but also to the way they fit, or fail to fit, together in the unfolding of our lives.” Taylor, C *Leading a Life* in Ruth Chang (ed) *Incommensurability, Incompatibility, and Practical Reason* Cambridge-MS: Harvard University Press, 1997, p. 182

⁴⁰ McCabe, H *Law, Love, Language* London: Continuum, 1968(2003), p. 143

autoridade política, devemos concluir que a autoridade política que cria um direito incoerente dificilmente poderia ser considerada como uma autoridade legítima do ponto de vista moral. Na verdade, essa conclusão se segue da própria concepção de autoridade de Raz. Se a autoridade é justificada pela maior probabilidade que eu tenho de fazer a coisa certa seguindo as suas diretivas (do que seguindo a minha própria opinião), o fato de que a autoridade edita diretivas incoerentes seria uma boa razão para concluir que a probabilidade de eu fazer a coisa certa para a minha vida (que, como vimos, deve ser eticamente coerente) não é provavelmente muito alta.⁴¹

Existe uma razão adicional (e relacionada) para que a unidade narrativa da vida humana deva ter impacto no direito e para compreendê-la é necessário ter em mente que tipo de instituição o direito e as normas jurídicas são. Conforme demonstrado por Fernando Atria, as instituições jurídicas não são meras instituições constitutivas (como são as regras do jogo de xadrez). Elas não simplesmente criam comportamentos que não seriam possíveis sem a existência dessas regras (como o xeque-mate, que não existiria sem as regras do jogo de xadrez). Instituições jurídicas são regulatórias, ou seja, elas existem não simplesmente para criar novos tipos de comportamento, mas para regular comportamentos que pre-existem. Assim, as regras jurídicas instituem os conceitos de homicídio, legítima defesa e mais abstratamente, de tipo penal ou de excludentes de ilicitude, mas fazem isso tendo em vista regular (nesse caso coibir) certos tipos de ação humana que pré-existem às instituições.⁴²

⁴¹ Esse argumento é o outro lado da moeda de um argumento contra a noção Raziana de “exclusionary reasons” que publiquei em Michelon, C The Justification of Authority and the Insulation of Formal Reasons.

⁴² Atria, F *On Law and Legal Reasoning* Oxford: Hart, 2001, *passim*, especialmente pp. 43-49

Instituições regulativas existem e têm o seu sentido derivado da necessidade de regular ações humanas, que formam as mônodas da unidade narrativa da vida humana. A necessidade de buscar coerência na regulação dessas ações deriva do imperativo de coerência narrativa da vida humana.

Conclusão

Se o argumento apresentado acima é válido, segue-se que há valor em buscar a coerência na argumentação jurídica. Daí se segue também que haveria boas razões para considerar que as formas de argumentação por princípios identificadas acima como aspectos de argumentos de coerência estariam justificadas como cânones argumentativos jurídicos. Como vimos acima, a maior parte dos argumentos que utilizam princípios jurídicos é redutível a argumentos de coerência. Todavia há uma parte que não pode ser vista apenas como uma forma de argumentação de coerência. Como também foi dito acima, isso não significa que não haja formas de justificar a argumentação por princípios em contextos em que esta argumentação não representa uma busca por coerência na compreensão do sistema jurídico, mas esse é talvez a maior dívida de uma teoria da argumentação jurídica politicamente responsável deve adimplir. A tentativa mais franca de enfrentar o problema (ao menos em relação à chamada “proporcionalidade em sentido estrito”) é o argumento de Alexy segundo o qual a natureza dos princípios como “mandados de otimização” de realização de certos valores implicaria na necessidade (e portanto na “delegação” de autoridade para o interprete) de ponderar os graus de realização relativos de cada princípio. Essa concepção de princípios e a sua capacidade de justificar a proporcionalidade em sentido estrito, porém, é insuficiente (ver seção II acima).

Na ausência de bons argumentos para justificar essa utilização dos princípios jurídicos, é um erro lançar mão de tais argumentos, em especial nas situações em que esses argumentos são utilizados para justificar a desconsideração de uma decisão tomada pela comunidade sobre o tema (paradigmaticamente decisões legislativas).